

## QUESITI

---

### FRANCESCO FORZATI

#### **Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disuguaglianza sanzionatoria.**

La regolamentazione del fenomeno migratorio contemporaneo, derivante in molti casi da emergenze umanitarie, risponde sempre meno alla tutela dei diritti del migrante, e sempre più ad un modello punitivo incentrato sulla sua criminalizzazione. Il penale dell'immigrazione si è così trasformato in una sorta di laboratorio, dove si sono sperimentate tecniche di mutazione genetica del garantismo liberale e si sono elaborate risposte sanzionatorie che non reagiscono a condotte ed eventi (dannosi e/o pericolosi), ma ad una *colpa da appartenenza etnica e da provenienza geografica*.

L'ultimo atto di questa destrutturazione del penale dei pari diritti e delle uguali garanzie è il D.L. 53/2019 che determina il disconoscimento normativo del diritto del migrante al *place of safety*. Da obbligo giuridico - tutelato da Convenzioni ed accordi internazionali e comunitari che vincolano il nostro Stato (*ex art. 10 Cost.*) al rispetto dei diritti umani - il soccorso in mare del migrante, si è così trasformato in illecito.

Ciò significa legalizzare l'illegalismo e la disuguaglianza dei diritti, relegando il migrante al rango di una non-persona.

Allorché lo strumento penale viene deliberatamente utilizzato dal comparto politico-legislativo, per aggirare e violare i diritti fondamentali dell'uomo, ci troviamo di fronte al ribaltamento degli scopi di tutela, individuali e sociali, della pena moderna d'estrazione illuminista. Il (sotto)sistema penale dell'immigrazione rappresenta in tal senso lo specchio della involuzione sostanzialistica e soggettivistica dello *ius puniendi* contemporaneo che comporta il superamento del teleologismo liberale che, nella pena, vedeva un mezzo di garanzia e di rafforzamento (della libertà e della uguaglianza) dei diritti della persona.

*Criminal immigration law beyond rights e the guarantees of the person. The D.L. June 14, 2019 n. 53 and the new frontiers of sanctioning inequality*

*The regulation of the contemporary migration phenomenon, deriving in many cases from humanitarian emergencies, responds less and less to the protection of the migrant's rights, and increasingly to a punitive model focused on his criminalization. The criminal law of immigration has thus been transformed into a sort of laboratory, where techniques of genetic mutation of liberal guaranteeism have been experimented and sanctioning responses have been developed that do not react to actions and events, but to a fault from ethnicity and geographical origin.*

*The last act of this deconstruction of the criminal law of equal rights and guarantees is the D.L. 53/2019, which determines the regulatory disregard of the migrant's right to the place of safety. From a legal obligation - protected by international and community conventions and agreements which bind our state (pursuant to art. 10 of the Constitution) to respect for human rights - the rescue of migrants at sea, has thus turned into an offense.*

*This means legalizing illegalism and inequality of rights, relegating the migrant to the rank of a non-person.*

*When the criminal instrument is deliberately used by the political-legislative sector to circumvent and violate fundamental human rights, we are faced with the reversal of the individual and social protection purposes of the modern penalty of illuministic derivation.*

*In this sense, the (sub) criminal system of immigration represents the mirror of the substantive and subjectivistic involution of the contemporary ius puniendi, which involves the overcoming of liberal teleologism which, in the penalty, saw a means of guarantee and strengthening (of freedom and equality) of the rights of the person.*

**SOMMARIO:** 1. La regolamentazione dell'immigrazione irregolare fra tutela dei diritti e criminalizzazione del migrante: il Testo Unico sull' Immigrazione (D.L. 25 luglio 1998 n.286) e la Legge Bossi-Fini del 2002. La *inottemperanza all'ordine di espulsione*. - 2. Il reato di *ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato* e la deriva sanzionatoria del T.U.I. Matrice discriminatoria dell'intervento punitivo ed aggiramento delle garanzie nel regime detentivo finalizzato all'espulsione del migrante: i D.L. 14/2017 e 113/2018. 3.- Il D.L. 53/2019 e le direttive del Ministero dell'Interno p.t. sui porti chiusi. - 3.1 Gli artt.1 e 2 del D.L. 53/2019 fra ambiguità normative e incongruenze sistematiche: la previsione di misure sanzionatorie in ragione dell'ottemperanza ad obblighi internazionali ed a principi costituzionali a presidio dei diritti umani. - 4. Il disconoscimento normativo del diritto del migrante al *place of safety*. L' omissione di soccorso in mare fra adempimento normativo ed inadempimento di un dovere: la legalizzazione dell'illegalismo e della disuguaglianza dei diritti. - 4.1 I rilievi della Presidenza della Repubblica al D.L. 53/2019. - 5. Penale dell'immigrazione e violazione dei diritti dell'uomo: il migrante come non-persona. Involuzione sostanzialistica e soggettivistica del sistema penale e superamento del teleologismo liberale, di una pena funzionale a garantire (la libertà e la uguaglianza dei) diritti della persona. - 6. Il penale dell'immigrazione come modello sanzionatorio della reità ontologica: la *colpa da appartenenza etnica e provenienza geografica*. - 6.1 Penale di lotta e penale delle disuguaglianze fra *Bürgerstrafrecht* e *Feindstrafrecht*. Il superamento delle garanzie fra meccanismi endoprocedurali ed eteroprocedurali: la distinzione fra nemico del giudice e nemico del legislatore.

1. *La regolamentazione del fenomeno migratorio fra tutela dei diritti e criminalizzazione del migrante: il Testo unico sull'immigrazione (D.L. 25 luglio 1998 n.286) e la Legge Bossi-Fini del 2002. La inottemperanza all'ordine di espulsione.* La regolamentazione degli straordinari flussi migratori contemporanei, derivanti in molti casi da emergenze umanitarie, pare occuparsi sempre meno del versante della tutela dei diritti del migrante, per privilegiare la declinazione punitiva del fenomeno, in ragione di una sempre più marcata assimilazione fra immigrazione e criminalità<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si evidenzia come “il rapporto tra immigrazione e criminalità” sia tanto diffuso nell'opinione pubblica, da far ritenere la “ritenuta propensione a delinquere degli immigrati”: “uno dei principali argomenti, se non il principale, sul quale si fonda la sempre più diffusa ostilità verso” il migrante. Se l'immedesimazione fra migrante e criminale è funzionale alla strumentalizzazione della pena ad “orientamenti politici” e serve ad “alimentare populisticamente paure peraltro comprensibili”, è pur vero essa riceve un riscontro statistico, sulla base della *presenza degli stranieri nelle carceri italiane*. “Stando alle statistiche del ministero della giustizia, al 30 settembre 2016, su una popolazione detenuta complessiva di 54.465 presenze (rispetto a una capienza “regolamentare” di 49.796), ben 18.462 erano stranieri, pari cioè al 33,8 % del totale. Quanto alla provenienza, le presenze di detenuti stranieri più significative sono nell'ordine quelle del Marocco (17,4 % sul totale degli stranieri presenti), della Romania (14,9), dell'Albania (13,1), della Tunisia (11,0). Dunque, 1/3 dei detenuti è di origine straniera, con una forte incidenza di extracomunitari e di rumeni. Considerato che certamente il numero degli stranieri presenti in Italia non assomma ad 1/3 della popolazione italiana, ne viene che il tasso di delittuosità degli stranieri sembrerebbe essere di molto superiore a quello degli italiani”. Così PALAZZO, *Immigrazione e criminalità. Una lettura di dati statistici*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1. Sul contrasto penale all'immigrazione vedi per tutti CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. Dir.*, 2013, 1, 17 ss.; DO-

La disciplina in materia fa registrare in tal senso, una singolare commistione fra Convenzioni ed accordi internazionali e comunitari<sup>2</sup>, che vincolano il nostro Stato (*ex art. 10 Cost.*)<sup>3</sup> al rispetto dei diritti umani, e l'adozione di mo-

---

NINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 1/2009, 101 ss.; FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati* (note a margine della legge n. 94/2009), in *Questione giustizia*, 2009, 5, 11; GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 189 ss.; MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457; MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009, 28, 44; MILITELLO-SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, 10 ss., 43 ss.; PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, 15 ss.; PISA, *Immigrazione e norme penali*, in *Dir.pen.proc.*, 7/2007, 845 ss.; ID., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della norma penale?* in *Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione 2009*, 5; ID., (Commento a) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Dir.pen.proc.* 2/2011, 804 ss.;

<sup>2</sup>In materia di migrazione, il rispetto dei diritti umani, è garantito dall'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che prevede il divieto di allontanare, espellere o estradare individui verso Stati in cui esiste un rischio serio di essere sottoposti alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti. Rileva peraltro l'art. 3 CEDU, ai cui sensi è qualificato *inumano* quel trattamento che provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità e *degradante* quel trattamento meno grave di quello inumano, che umilia fortemente l'individuo davanti agli altri e che è in grado di farlo agire contro la sua volontà o coscienza. Va considerato peraltro, l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra per il quale "Nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche". La migrazione marittima, è di contro regolamentata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 10 dicembre 1982. Le discipline particolari relative agli stranieri che hanno richiesto protezione internazionale (c.d. asilo) - in quanto temano di essere perseguitati nel proprio paese di origine per motivi di razza, religiosi, sociali o politici - è recepita dalle direttive UE 2011/95 del 13 dicembre 2011, nonché nella direttiva 2013/32 del 26 giugno 2013. Vedi sul punto CAMPIGLIO, *Espulsione e diritti dell'uomo a proposito dell'art. 1 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 64 ss.; CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *Riv. Dir. inter.*, 2001, 440 ss.; ID., *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, Cedu e Costituzione italiana*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, 23 ss.; CASSIBBA, *Il "trattenimento" del migrante irregolare nei "punti di crisi" ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della Convenzione europea*, in *questionegiustizia.it*, 24 luglio 2017, 1 ss.; WILSHER, *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge, 2011, 119 ss. Per un quadro normativo ad ampio spettro vedi *Dossier 20 giugno 2019. Disposizioni Urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica- D.L. 53/2019 - A.C. 2913*, in *Servizio Studi del Senato e della Camera dei Deputati, Ufficio ricerche sulle questioni istituzionali, giustizia e cultura*, p.4. Sulla conversione dei diritti in modelli sanzionatori e sulla criminalizzazione del migrante in una prospettiva globale vedi DIDIER FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea* (trad.it), Milano, 2018, 11ss.

<sup>3</sup>In merito agli obblighi internazionali dell'Italia, rilevano gli impegni assunti dal nostro paese in virtù dell'adesione a trattati internazionali, inclusa l'appartenenza all'Unione europea e, più in generale, la conformità alla normativa internazionale ed ai relativi principi generali (art. 10 Cost.). Sul punto vedi RUGGIERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, 1 aprile 2015, in *www.giurcost.org*, 132 ss.

delli sanzionatori variamente articolati, che vedono nell'immigrato, un criminale presunto, da neutralizzare in via preventiva.

Di fronte all'inconciliabilità di questi teleologismi, il nostro Paese pare aver assunto una posizione precisa, consegnando il migrante clandestino ad un sottosistema penale, refrattario al rispetto delle garanzie costituzionalmente previste ed all'uguaglianza dei diritti<sup>4</sup>.

Si tratta di un indirizzo di politica criminale che si è compiutamente realizzato nel nuovo millennio, ma che trae origine dal D.L. 25 luglio 1998 n.286, convertito nella legge 6 marzo 1998 n. 40 (cd. Legge Turco-Napolitano): sarà infatti il "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" ad istituire i centri di permanenza temporanea (CPT), conformando sin dal principio la materia ad un approccio di tipo detentivo<sup>5</sup>.

È tuttavia, sull'onda delle politiche criminali di contrasto al terrorismo islamico e del coevo "processo di militarizzazione" del penale occidentale<sup>6</sup>, che la criminalizzazione e la cancerizzazione del migrante si è tradotta in un coerente disegno di politica criminale.

Con la legge Bossi-Fini del 30 luglio 2002 n.189<sup>7</sup>, la materia è stata incardinata all'interno della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interna, al pari del terrorismo; a partire da quel momento, il fenomeno (migratorio) è stato parificato ad una forma di criminalità, da disciplinare attraverso interventi punitivi e misure amministrative *ad hoc*, tradotte in forme detentive finalizzate all'espulsione.

---

<sup>4</sup> Come da ultimo dimostrato dagli effetti esperiti sulla tutela dei diritti dal D.L.14 giugno 2019, n. 53 ("Disposizioni urgenti in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica"). Per una valutazione sul punto vedi MOCCIA, *Necessitas non habet legem*, in *Dir. Giust. Min.*, 3-4, 2018, p.6 e 7.

<sup>5</sup> L'immigrato viene dunque visto come un soggetto pericoloso da tenere sotto osservazione e separato dal territorio nazionale, anche a costo di limitarne la libertà in assenza di qualsiasi reato. Sul punto vedi ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in ROSSI, BIONDI, DAL MONTE, VRENN, *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013.

<sup>6</sup> Il "processo di militarizzazione del diritto penale rispetto a specifiche forme di criminalità come quella di matrice terroristica - difficilmente contestualizzabili a priori e fondate su una ostilità... radicale ma atipica...si allarga alla naturale espansione del diritto penale verso la ricerca di altri nemici", fra cui anzitutto il migrante, soggetto particolarmente esposto a questi fenomeni di intolleranza e di ostilità sociale. Così RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 6 ss., 49 ss. cui si rimanda per i necessari approfondimenti.

<sup>7</sup> Sul punto vedi per tutti BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, 16 ss.; 30 ss.; GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv.it. dir. proc.pen.*, 2009, 713 ss.; MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., 28, 44; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p.32 ss.

Il penale dell'immigrazione si è così trasformato in una sorta di laboratorio, dove si sono sperimentate tecniche di mutazione genetica del garantismo liberale<sup>8</sup>, legittimate dalle (preminenti) esigenze di respingimento del nemico esterno<sup>9</sup>.

Alla Bossi-Fini si deve in particolare, l'introduzione dell'art. 14, co. 5 ter T.U.Imm che, sanzionando l'inottemperanza dello straniero irregolare all'ordine di espulsione, rappresenta la norma penale che più di ogni altra ha contribuito alla cancerizzazione del migrante, sino almeno alla sentenza della Corte di giustizia UE del 28 aprile 2011, che ha messo in luce le incongruenze di una incriminazione funzionale all'uso strumentale (ed improprio) della detenzione<sup>10</sup>.

È chiaro peraltro che, l'obiettivo della norma non era la limitazione degli ingressi irregolari, quanto la (significativa) riduzione degli immigrati già entrati sul territorio, attraverso il ricorso massivo ad ordini di espulsione e/o a forme detentive. Ciò segnalava la totale asimmetria delle politiche criminali adottate, rispetto alle direttive in materia UE finalizzate a promuovere politiche di integrazione per gli immigrati presenti nel paese, a fronte di un contenimento dei flussi di ingresso.

Prima di entrare in conflitto con la direttiva 2008/115/CE, che imponeva allo Stato il dovere di attivarsi per conseguire il rimpatrio dello straniero, l'art. 14, co. 5, aveva prodotto un amplissimo numero di condanne, anche in ragione dell'inversione dell'onere della prova, rispetto ai motivi giustificativi dell'inadempimento<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup>Di "statuto penale differenziato dell'immigrazione" parlano fra gli altri, da FERRAJOLI, *op.ult.cit.*, 799 ss.; PULITANÒ, *op.ult.cit.*, 740 ss. RISICATO, *op.ult.cit.*, 5.

<sup>9</sup>Plastica rappresentazione della repentina trasformazione del paradigma garantista in un modello illiberale, è la trasformazione del penale mite in "una concezione che è, per certi versi, il suo opposto: ovvero il diritto penale del nemico". Così COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, a cura di COCCO, Milano, 2016, 2 ss.

<sup>10</sup>Sul punto vedi MASERA-VIGANÒ, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE 28 aprile 2011 El Dridi e sul suo impatto nell'ordinamento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2011, 1 ss.

<sup>11</sup>Orientamento tuttora presente, basti pensare che la *Cass. pen. sentenza novembre 2016* (ud. aprile 2016) ha affermato: "la sussistenza del giustificato motivo, per cui lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore di allontanarsene, deve essere valutata con riguardo a situazioni ostative - l'onere della cui allegazione grava sull'interessato - incidenti sulla sua stessa possibilità, oggettiva o soggettiva, di ottemperarvi, escludendola ovvero rendendola difficoltosa, non anche con riferimento ad esigenze che riflettono la condizione tipica del migrante clandestino, come la mancanza di un lavoro regolare ovvero la provenienza di mezzi economici da attività non regio-

Complice il non univoco inquadramento giurisprudenziale del giustificato motivo di inottemperanza, un indirizzo interpretativo, avallato poi successivamente anche dalla Suprema Corte, aveva infatti ritenuto che le “condizioni oggettive che rendano estremamente difficoltoso l’adempimento”, dovessero essere provate dall’immigrato, al pari delle situazioni “ostative, soggettive e personali, di grave e pressante condizionamento psicologico”<sup>12</sup>.

In ragione di questo orientamento, tuttora sussistente, si è chiarito che l’impedimento all’adempimento dell’ordine non possa uniformarsi a “situazioni di stato di necessità, di forza maggiore o, comunque, di inesigibilità assoluta della condotta omessa”, né tantomeno ad “esigenze che riflettano la condizione tipica del migrante clandestino, come la mancanza di un lavoro regolare ovvero la provenienza di mezzi economici da attività non regolari o stabili”<sup>13</sup>.

La “criminalizzazione dello straniero irregolare che non cooperava con la procedura espulsiva”<sup>14</sup>, non teneva dunque - inizialmente - in alcun conto, i motivi impeditivi all’adempimento dell’ordine di allontanamento dal territorio dello Stato, emesso dal Questore.

Per quanto l’indirizzo giurisprudenziale menzionato non era univoco, ed è stato recentemente ribaltato dalla stessa Cassazione<sup>15</sup>, è chiaro che l’art. 14, co. 5 ter, T.U.Imm. ha innescato un meccanismo sanzionatorio che faceva leva sulla marginalità sociale e sulla indigenza economica del migrante: si

lari o non stabili”. Nello stesso senso *Cass. pen., I, sentenza 12 ottobre 2017 - 19 febbraio 2018*, n. 7915. *Contra Cass. pen. sentenza settembre 2016* (ud. febbraio 2016)

<sup>12</sup> In tal senso da ultimo *Cass. pen., I, sentenza 12 ottobre 2017 - 19 febbraio 2018*, n. 7915.

<sup>13</sup> Così *Cass. pen., I, sentenza 12 ottobre 2017 - 19 febbraio 2018*, n. 7915.

<sup>14</sup> Così MASERA-VIGANÒ, *Addio articolo 14*, cit, 3.

<sup>15</sup> La recente sentenza *Cass. pen., 10 giugno 2019*, n. 25598, ha evidenziato la differenza fra onere probatorio ed il “mero onere di allegazione” in capo all’imputato, di fatti e circostanze “non conosciuti o non conoscibili in alcun modo da parte del giudice”: in tal senso, ha ritenuto illegittimo l’inversione dell’onere probatorio a carico (e a danno) dell’imputato del reato di inottemperanza all’ordine di espulsione. Afferma la richiamata sentenza “in tema di immigrazione, ai fini della sussistenza del giustificato motivo, idoneo ad escludere la configurabilità del reato di inosservanza dell’ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, pur avendo lo straniero l’onere di allegare i motivi non conosciuti né conoscibili da parte del giudice, ciò non implica alcuna inversione dell’onere della prova in capo all’imputato, in quanto resta fermo per il giudice il potere di rilevare direttamente, quando possibile, l’esistenza di ragioni legittimanti l’inosservanza del precetto penale, sicché tutte le situazioni integrative del giustificato motivo si traducono in altrettanti temi di prova per le parti e per i poteri officiosi del giudice”.

Nel motivare la sentenza la Suprema Corte ha richiamato peraltro la serie di precedenti specifici circa l’onere di allegazione da parte dell’imputato. Vedi in tal senso *Cass. Pen., I, sent. n. 42381 del 01/12/2006, Rv. 235572; Cass. Pen., I, sent. n. 19131 del 26/05/2006, Rv. 234298; Cass. Pen., I, sent. n. 30774 del 25/05/2006, Rv. 234882*.

strutturava in tal senso, una responsabilità penale da inadempimento di obbligo formale<sup>16</sup>, viziata sul piano della concreta esigibilità.

Non poteva infatti ignorarsi che, nella maggior parte dei casi, il rimpatrio era impedito dall'impossibilità economica dell'immigrato espulso di farvi fronte e/o dalla necessità di sussistenza, negata nel paese d'origine.

In ogni caso la violazione (mancata attuazione) dell'ordine di espulsione appariva sin dal principio, sprovvista di un disvalore compatibile con il regime detentivo, poiché restava una mera trasgressione di un atto amministrativo.

La deriva punitiva assunta dalla materia dell'immigrazione, si collocava dunque sin dalla Bossi-Fini come nuovo avamposto della pubblica sicurezza; le variegate trasgressioni del T.U.I. apparivano una rielaborazione postmoderna degli schemi personologici del penale di polizia tardottocentesca: violazioni di natura amministrativa abbinate a modelli presuntivi di responsabilità, che decretavano la "de-giurisdizionalizzazione del processo di applicazione della risposta sanzionatoria"<sup>17</sup>.

"La complessa stratificazione normativa che caratterizza l'ordinamento di polizia degli immigrati" risponde del resto "ad un fine che tutto concepisce ed ha una fine che tutto ricomprende: assicurare l'allontanamento dello straniero (irregolare o clandestino) dal territorio statale, il prima possibile e preferibilmente in forma coattiva"<sup>18</sup>.

2. *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato e la deriva sanzionatoria del T. U. Imm. Matrice discriminatoria dell'intervento punitivo ed aggiramento delle garanzie nel regime detentivo finalizzato all'espulsione del migrante: i D.L. 14/2017 e 113/2018.* A partire dalla Bossi-Fini l'immigrazione non ha più rappresentato un problema della politica *tout court*, ma un tema di politica criminale<sup>19</sup>, come successivamente ribatito dall'introduzione del reato di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato"<sup>20</sup>, da parte dell' art.1, comma 16, lett. a), l. 15 luglio 2009, n. 94.

---

<sup>16</sup> Vale a dire, inadempimento all'ordine di espulsione.

<sup>17</sup> RISICATO, *op.ult.cit.*, 5.

<sup>18</sup> Così PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, 16-17 ottobre 2009, in *Dir. e Soc.* 3-4/2009, 5

<sup>19</sup> In tal senso fra gli altri, CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. Giust.* 5/2002, 964 ss.

<sup>20</sup> Introdotto dalla Legge di "Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo" del 30 luglio 2002 n. 189. Sul punto vedi per tutti AA.VV., *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di DELLA BELLA, GATTA, SORBETTA 43 ss., 223, 225; MASERA, "terra bruciata attorno al clandestino", cit. 44, 59. PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, cit., 804.

L' inserimento - subito dopo la procedura di respingimento di cui all'art. 10 T.U.I.<sup>21</sup>, - dell'art. 10-bis, riferito all' ingresso illegale dello straniero<sup>22</sup>, sancisce infatti la definitiva torsione, in senso punitivo, del Testo Unico sull'Immigrazione: il principale *corpus* normativo in materia<sup>23</sup> prende così le distanze dai paradigmi solidaristici dell'accoglienza e della difesa dei diritti del migrante (seppure clandestino), per tradursi in un modello stratificato di norme amministrative e penali, dai contorni ibridi e dalle marcate ambiguità sanzionatorie.

Fra il 2008 ed il 2009 si consolida e si rafforza la politica-criminale di aggiramento<sup>24</sup>, piuttosto che di tutela, delle garanzie e dei diritti del migrante<sup>25</sup>, inaugurata dalla Bossi-Fini. Ne è emblematico esempio, la ammenda prevista per il cd. reato di clandestinità (da 5.000 a 10.000 euro) che, stante le ridotte capacità economiche dell'irregolare, assicurava il passaggio automatico dalla

<sup>21</sup> Procedura originariamente introdotta dall'art.8 della Legge 6 marzo 1998 n.40. Sul punto vedi *Dossier, Speciale immigrazione* a cura di PISA, in *Dir.pen.proc.*, 2009, *passim*; PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Dir.pen.proc.* 2/2011, 804ss.

<sup>22</sup>Sull'art. 10-bis vedi PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, cit., 804. Cfr. pure CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in AA.VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit., 43 ss.; RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm. Cit.* 4/2009, 26 ss; ID., *Il reato di immigrazione clandestina e la costituzione*, in *Quest. Giust.* 5/2009, 165-178, che si sofferma sui profili di illegittimità costituzionale della fattispecie di reato di immigrazione clandestina. L'art. 10 bis T.U. ha del resto sollevato in dottrina molti dubbi di costituzionalità. Sul punto vedi BRICCHETTI, PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto* 34/2009, 32 ss; GATTA, *il 'reato di clandestinità' e la riforma della disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. Pen. Proc.* 11/2009, PELLISSERO, *immigrazione e diritto penale*, cit., 41 ss.

<sup>23</sup> Testo Unico cui "si è affiancato negli ultimi anni il D.Lgs. 142 del 2015 (c.d. decreto accoglienza) che ha provveduto al recepimento alle direttive dell'Unione europea n. 32 e n. 33 del 2013 definendo le condizioni e le procedure dell'accoglienza per i richiedenti protezione internazionale. Sia il testo unico immigrazione ed il decreto accoglienza sono stati oggetto negli ultimi anni di modifiche ed integrazioni da parte del decreto-legge n. 13/2017, che ha previsto alcuni interventi urgenti in materia di immigrazione, successivamente, della L. n. 47/2017 sui minori stranieri non accompagnati con il correttivo D.Lgs.n. 220/2017 e, nella legislatura in corso, dal decreto-legge n. 113/2018 in materia di sicurezza ed immigrazione". Vedi *Dossier 20 giugno 2019. Disposizioni Urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica- D.L. 53/2019 - A.C. 2913*, cit., 4 ss.

<sup>24</sup> Significativo segnale della mancata condivisione di questa impostazione è la lettera del 15 luglio 2009 indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Presidente della Repubblica Napolitano che accompagnava la promulgazione della legge delle "Disposizioni in materia di pubblica sicurezza" del 2 luglio. Il Presidente della Repubblica, pur avendo "ritenuto di non poter sospendere la entrata in vigore di norme" in oggetto, esprime "perplexità e preoccupazione" per i contenuti del pacchetto sicurezza e le tecniche legislative adoperate.

<sup>25</sup> Per un'analisi della carenza definitiva delle nozioni incriminatrici dei pacchetti sicurezza 2008 e 2009 si rimanda a MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 446 ss, 448, 451, 457.

sanzione pecuniaria all'espulsione<sup>26</sup>.

Costruito su violazioni di natura amministrativa, il meccanismo sanzionatorio continuava a rispondere alla struttura – semplificata – dell'illecito amministrativo: ne veniva fuori un illecito personologico para-penale<sup>27</sup> correlato alla irrogazione di pene nascoste, che cavalcava la indefinitezza della linea di confine fra sanzioni penali ed amministrative<sup>28</sup>.

Linea di confine che incideva tuttavia sulle procedure di irrogazione delle sanzioni: da un lato, vi erano infatti le garanzie ed i tempi (non brevi) del processo penale, dall'altro, la immediatezza e la discrezionalità dell'atto amministrativo<sup>29</sup>.

Il punto di caduta del trattamento differenziato del migrante irregolare, restava dunque – sin dalla Legge 189/2002 n.189 - lo sdoganamento e la legittimazione di una sanzione, dotata della afflittività della pena, ma sprovvista delle relative garanzie.

Se appare calzante al penale dell'immigrazione la definizione del penale oltre il limite<sup>30</sup>, occorre sottolineare che la normativa più recente ha spostato sempre più in avanti i confini del limite garantistico, che dovrebbe bilanciare il ricorso a misure detentive.

Vanno al riguardo considerati i tre Decreti legge, intervenuti fra il 2017 e l'anno in corso, in tema di immigrazione, e le violazioni dei diritti e delle libertà del migrante in essi contenuti.

L' art. 17 del D.L. 20 febbraio 2017 n.14 ( cd. Pacchetto Sicurezza Minniti)<sup>31</sup> e

---

<sup>26</sup> All'introduzione del reato *de quo* si aggiungeva peraltro la previsione dell'aggravante comune per il reato commesso dagli stranieri irregolari (art. 61 n. 11 bis c.p.) 2008 e 2009. Sul punto vedi MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457.

<sup>27</sup> Modello sanzionatorio di matrice amministrativa, portatrice (apparentemente) sana, di patologie letali per l'ordinamento penale. Portatrice sana, perché la dimensione amministrativa dell'impianto dell'immigrazione, rappresenta un sottosistema sanzionatorio non necessariamente portatore di conseguenze penali: ecco che, di fronte a norme-precepto amministrative cadono una serie di preclusioni formali della riserva di legge, oltre che del divieto di analogia. Impostazione che consente al penale securitario di superare agevolmente (quel che rimane delle) barriere formali, per far transitare precetti e prescrizioni in area penale, sotto le mentite spoglie di norme amministrative. Così MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2017, p.989.

<sup>28</sup> In argomento vedi per tutti MANNA-LASALVA, *“Le pene senza delitto”: sull'inaccettabile “truffa delle etichette”*, in *questa rivista*, 2017, 1 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2018, *passim*.

<sup>29</sup> Sul punto vedi MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, cit., 278 ss.

<sup>30</sup> Sul punto vedi PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. Giust.*, 2016, 99 ss.

<sup>31</sup> L'art.17 del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13 (“disposizioni urgenti per l'accelerazione dei proce-

l'art. 2, I comma, del D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 ("Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione")<sup>32</sup> hanno infatti allargato i tempi e gli scopi della detenzione presuntiva e preventiva (rispetto a responsabilità penali mai accertate) dei CPI<sup>33</sup>, comprimendo ulteriormente "il diritto all'*habeas corpus* scolpito dall'art. 13 Cost., e dallo stesso art. 5 CEDU"<sup>34</sup>, già leso peraltro - secondo la Corte di Strasburgo - dalle disposizioni precedenti in materia<sup>35</sup>.

I centri di permanenza temporanea si sono così trasformati in veri e propri campi di detenzione degli stranieri<sup>36</sup> sottoposti a provvedimenti di espulsione

---

dimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale") ha modificato l'art. 10-ter del Testo Unico sull'Immigrazione, con una disciplina "del tutto inadeguata, rispetto agli obiettivi" programmatici di "regolamentare con fonti primarie i cd. *hotspot*". In realtà, la norma si è limitata al "rinvio a disposizioni" indeterminate ed indefinite, che "lasciano ancora una volta alla totale discrezionalità dell'autorità di polizia la concreta gestione di fasi procedurali dense di diritti fondamentali, come la prima identificazione e l'informazione sulle procedure di protezione internazionale". Così MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, in *Dir.pen.contemporaneo*, 3/2017, 278 ss. cui si rinvia per approfondimenti.

<sup>32</sup> Il D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 - intitolato per esteso "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata" - affronta il problema immigrazione al Titolo I, dedicandole quasi la metà dell'articolo, ovvero 15 dei 40 articoli previsti Il D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 che affronta il problema immigrazione al Titolo I, dedicandole quasi la metà dell'articolo, ovvero 15 dei 40 articoli previsti.

<sup>33</sup> Sul punto vedi MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, cit., 278 ss.

<sup>34</sup> L'art. 10-ter del T.U.I., come modificato dall'art.17 del D.L. 13/2017, n. 13, viene considerata una norma indefinita, nella misura in cui non chiarisce, come si procede se "le procedure di identificazione non si risolvono nel volgere di poche ore, ma si prolunghino per giorni". Ci si interroga dunque opportunamente, su quali siano le "basi legali" che legittimano a trattenere lo straniero nel punto di crisi, prima dell'eventuale trasferimento in un CPR. Potrà dunque, "lo straniero essere trattenuto per giorni senza un provvedimento formale, e senza un controllo da parte dell'autorità giudiziaria?". Trovandoci di fronte a restrizioni della libertà personale (di soggetti non sottoposti a procedimento, né processo penale, né tantomeno soggetti ad un provvedimento giurisdizionale di restrizione della libertà), si evidenzia opportunamente che la indeterminatezza dell'art. 10-ter mette in discussione il rispetto formale dell'art. 13 Cost. e dell' art. 5 CEDU. Così MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero*, cit., 278 ss.

<sup>35</sup> Vedi *Corte eur. dir. uomo*, Sez. I, sent. 6 ottobre 2016, Richmond Yaw e altri c. Italia. Sul punto cfr. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga deol trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2018, 1 ss.

<sup>36</sup> Il D.L. 113/2018 rafforza da ultimo il carattere derogatorio del (sotto-sistema) penale dell'immigrazione prevedendo all'art. 2 il prolungamento dei termini della detenzione amministrativa degli stranieri all'interno dei Centri di permanenza per il rimpatrio (Cpr), destinati a ospitare ex art. 14 del Testo unico, gli stranieri in attesa di espulsione. L'art. 2 comma 1 del D.L. 4 otto-

e o di respingimento, allorchè l'accompagnamento coattivo alla frontiera venga differito, in quanto non immediatamente eseguibile<sup>37</sup>.

Si è nuovamente evidenziato in tal senso, il meccanismo cardine del modello sanzionatorio in esame: quello di una detenzione finalizzata all'espulsione<sup>38</sup>.

Lo straniero-immigrato risulta del resto destinatario esclusivo di un giudizio di pericolosità sociale *ex art. 235 c.p.* o ai sensi dell'art. 15 del Testo Unico sull'Immigrazione, che conduce all' (irrogazione della misura di sicurezza dell') espulsione dal territorio dello Stato.

Oltre a rilevare quale misura alternativa alla detenzione (art. 16, co. 5 t.u.imm), l'espulsione<sup>39</sup> può peraltro essere sempre disposta in via diretta dal

bre 2018 n. 113 prevede un periodo massimo di trattenimento di 180 giorni nei Centri di permanenza, stante l'incidenza delle proroghe che il questore può richiedere ed il relativo incremento del termine iniziale di 30 giorni: ciò significa il raddoppio della detenzione precedentemente prevista di 90 giorni. Parimenti viene raddoppiato (dai 90 gg. precedenti) a 180 giorni il periodo di trattenimento presso le strutture carcerarie in seguito al quale lo straniero, dopo essere già stato privato della libertà personale per 180 giorni, potrà essere trattenuto per altri 30 giorni (prorogabili di ulteriori 15) in un Cpr nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio. Ancora, l'art. 3 del decreto in commento introduce due ulteriori ipotesi di trattenimento giustificate dalla necessità di determinare o verificare l'identità o la cittadinanza dello straniero richiedente protezione internazionale. La prima ha una durata massima di 30 giorni e si svolge negli appositi punti di crisi (i cd. *hotspots*), per la prima volta nominati all'interno di una fonte di rango primario dal d.l. n. 13/2017, che li ha disciplinati nell'articolo 10-ter comma 1 del Testo unico sull'immigrazione. Sul punto vedi DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Dir.pen.cont.*, 11/2018, 3 ss.

<sup>37</sup> In tal senso MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, cit., 278 ss.

<sup>38</sup> E' significativo che le espulsioni, - ai sensi dell' art. 16 del d.lgs. 286/1998, I e V comma, - vengono disposte rispettivamente, a titolo di "sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione", consentendo un uso strumentale di quest'ultima ai fini dell'espulsione. Tale normativa è stata ripresa dal D.L. 13/2017 ("Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale"), che all' art. 19, 2 lett. b) afferma: per quanto riguarda le espulsioni disposte a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione, "quando non è possibile effettuare il rimpatrio dello straniero per cause di forza maggiore, l'autorità giudiziaria dispone il ripristino dello stato di detenzione per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento di espulsione" (nuovo co. 9 bis dell'art. 16 d.lgs. 286/98). A questo *iter* si affiancano peraltro le espulsioni ministeriali "per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato" di cui all'art. 13 co. 1 d.lgs. 286/98. Sul punto vedi per tutti MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, cit., 281 ss.

<sup>39</sup> L'espulsione è sanzione riservata in via esclusiva allo straniero. Può essere ordinata sul presupposto della pericolosità sociale dello straniero (cioè della probabilità che torni in futuro a commettere reati), che il giudice penale può ordinare, *in primis*, quale misura di sicurezza, ai sensi dell'art. 235 c.p., in caso di condanna alla reclusione superiore ai due anni ovvero, ai sensi dell'art. 15 t.u.imm. (per i soli extracomunitari), in caso di condanna per un delitto per il quale sia previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza di reato. Sempreché, si intende, lo straniero sia ritenuto in concreto socialmente

Prefetto quale conseguenza amministrativa, dell'irregolare presenza nel territorio dello Stato<sup>40</sup>.

Il ricorso a meccanismi presuntivi di pericolosità, al pari della criminalizzazione dell'inadempimento burocratico-amministrativo e/o dell'inottemperanza all'ordine (di espulsione), mette a nudo la forzatura alla base della conversione punitiva della materia.

L'assenza di un'offesa fattuale rappresenta invero, la spia di un errore metodologico che, inficiando l'esatto inquadramento del fenomeno, ne vizia la disciplina.

La riduzione dell'immigrazione irregolare ad un atto criminale, non tiene in alcun conto i profili geopolitici ed economici ( e dunque dei risvolti umanitari e dello stato di necessità) che impongono al migrante di lasciare i territori d'origine. Da ciò nascono le storture e le incongruenze di un meccanismo sanzionatorio che - in assenza di un fatto di reato - deve ripiegare necessariamente su una colpa d'autore<sup>41</sup>.

Ciò segnala d'altra parte, la commistione indebita che il T.U.I. effettua fra gestione ordinaria dell'immigrazione ed i profili sanzionatori: il momento fisiologico del fenomeno, viene cioè confuso con la sua deriva patologica.

Per inseguire la patologia del processo, si rinuncia così a governare razionalmente l'esistente, perdendosi di vista anzitutto, il suo corretto inquadramento giuridico.

L'immigrazione - ad onta delle suggestive ricostruzioni del populismo e del sovranismo contemporaneo - resta un fenomeno globale di natura socio-politica, poiché rappresenta una emergenza umanitaria che ha radici geopolitiche ed economiche: essa dunque, andrebbe gestita attraverso politiche di cooperazione e sviluppo, e comunque dovrebbe essere inquadrata all'interno di uno scenario globale, che solo il diritto internazionale e comunitario possono compiutamente disciplinare. Vengono in rilievo al riguardo, accordi quadro e trattati internazionali, ovvero sistemi normativi multilivello in grado di recepire strategie di politica estera<sup>42</sup>.

---

pericoloso.

<sup>40</sup> Al di fuori del sistema penale, d'altra parte, l'espulsione (disposta dal Prefetto) è la sanzione amministrativa dell'irregolare presenza nel territorio dello Stato. E' la sanzione che lo straniero, venuto nel nostro Paese in cerca di condizioni di vita migliori, teme di più. Vedi a riguardo MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., 28, 44

<sup>41</sup> In tal senso MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457. Vedi pure AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, cit., 81 ss.

<sup>42</sup> La norma penale deve tener conto - in tal senso, il sistema delle fonti sovranazionali (ratificate dall'Italia) all'interno del quale tali provvedimenti si inseriscono.

Una siffatta impostazione, confinando il profilo sanzionatorio ad episodi patologici e specifici, avrebbe dovuto tarare il T. U. Imm. sulle garanzie dei diritti fondamentali, piuttosto che sulla difesa ad oltranza, dei confini e del territorio nazionale.

Se il teleologismo dei diritti è evidentemente coerente con l' impianto penale liberale, la difesa territoriale abbinata ad una superfetazione dell'ordine pubblico, comporta un ritorno alla difesa sociale, abbinata ai modelli personologici del nemico.

La declinazione punitiva del fenomeno migratorio contemporaneo riprende in tal senso, il substrato etico ed ideologico e gli schemi autoritari del reato politico, ripiegando su una pericolosità personologica di tipo presuntivo che<sup>43</sup> - del tutto avulsa dall' evento materiale e (persino) dalla condotta<sup>44</sup> - risponde alle esigenze politico-ideologiche legate all'affermazione del potere e della sovranità dello Stato.

La pena diventa in tal senso, mezzo di affermazione di un principio di territorialità che intende rivendicare da un lato, l'identità nazionale, dall'altro la forza coercitiva del respingimento dell'estraneo; si seguono dunque logiche autoritarie e moduli statocentrici che - non tenendo in alcun conto il pregiudizio arrecato al versante dei diritti del migrante<sup>45</sup> - appaiono antinomici al paradigma garantista, egualitario e liberale del penale moderno d'estrazione illuminista, ed al suo antropocentrismo<sup>46</sup>.

3. *Il D.L. 53/2019 e le direttive del Ministero dell'interno p.t. sui porti chiusi.* Il carattere illiberale ed apertamente discriminatorio del penale dell'immigrazione<sup>47</sup> - già certificato dai ripetuti interventi della Corte di Giu-

<sup>43</sup> In tal senso MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 446

<sup>44</sup> Si evidenzia che si il penale dell'immigrazione s'inserisce nelle spire emotivo-irrazionali di una politica criminale che non criminalizza il fatto ma il *timore* di un fatto, futuro ed incerto. Il cagionare uno *stato di ansia e di paura* sottrae tuttavia i relativi modelli punitivi "alla verificabilità empirica", necessaria "per testare la determinatezza della fattispecie incriminatrice". Così MANNA, *op.ult.cit.*, 448, 457.

<sup>45</sup> Come da ultimo dimostrato dagli effetti esperiti sulla tutela dei diritti dal D.L.14 giugno 2019, n. 53 ("Disposizioni urgenti in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica"). Per una valutazione sul punto vedi MOCCIA, *Necessitas non habet legem*, cit., p.6 e 7.

<sup>46</sup> Nella misura in cui "riafferma i fondamentali principi illuministico liberali...e si fonda sul riconoscimento della *precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato e la definizione di questo al servizio di quella*", "la nostra Carta costituzionale" va vista "quale reazione al totalitarismo e alla sua concezione dello stato come fonte assoluta del diritto". Così COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, cit., 4 ss., cui si rimanda per approfondimenti.

<sup>47</sup> Parla a ragion veduta di di "diritto penale della diseguaglianza", stigmatizzando "la creazione di un regime penale diseguale tra clandestino -persona illegale - e cittadino" RISICATO, *op.ult.cit.*, 25 ss. cui

stizia dell'Unione Europea e della Corte Costituzionale<sup>48</sup>, - fa un decisivo salto di qualità con il D. L. 14 giugno 2019 n. 53 ("Disposizioni urgenti in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica"), che affianca al trattamento sanzionatorio riservato al tipo d'autore dello straniero-immigrato, una disciplina differenziata per il migrante marittimo, tesa ad impedirne lo sbarco, a tutti i costi e con ogni mezzo.

Se il migrante irregolare è condannato, in assenza di giudizio, alla detenzione nei centri di accoglienza ed all'espulsione dal territorio dello Stato, al migrante marittimo viene ora negato il (doveroso) soccorso in situazioni di pericolo. Ciò significa legittimare in alcuni casi, una sorta di stato di fermo e/o di sequestro del migrante nelle imbarcazioni che lo trasportano, o peggio ancora, la condanna ad una morte che poteva essere evitata.

Il D.L. 2019, n. 53 supera dunque ulteriori tabù garantisti, mettendo persino in discussione - sulla scorta della negazione dei diritti, della dignità e della sicurezza del migrante - la rilevanza della (tutela della) vita.

Dietro la rassicurante locuzione di *misure volte a contrastare prassi elusive della normativa internazionale in tema di immigrazione*, si cela infatti la *ratio legis* di impedire (con ogni mezzo) l'ingresso nei confini nazionali di clandestini: già nelle premesse del decreto, si palesa la indebita sovrapposizione di piani che ne governa l'impianto sanzionatorio.

Si confonde infatti il (doveroso) contrasto alle prassi illecite ed illegittime che accompagnano la immigrazione irregolare<sup>49</sup>, con la (altrettanto doverosa) tutela dei diritti del migrante: i due momenti andrebbero di contro tenuti distinti, come confermano le sentenze penali in materia, che vedono nella maggior parte dei casi, nel migrante l'anello debole della catena di illeciti legati all'immigrazione clandestina<sup>50</sup>.

si rimanda per approfondimenti.

<sup>48</sup> Per una analisi della pronunzie sull'art. 61 n.11 bis c.p. della Corte Costituzionale ( Sent. Corte Costituzionale 8.7.2010 n. 249) vedi per tutti AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, cit., 81 ss. Sulla rilettura "costituzionalmente orientata" del reato di clandestinità della sentenza 250/2010 della Corte Costituzionale vedi da ultimo RISCATO, *op.ult.cit.*, 32 ss. ed in particolare 36 nota 42.

<sup>49</sup> Sul punto vedi PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, 54 ss., 90 ss.

<sup>50</sup> Senza tener conto delle numerose sentenze che hanno affermato la sussistenza di reati di traffico di esseri umani, ex legge 228/2003 e D.L. 24/2014, a danno dei migranti - che riguardano la fase anteriore all'ingresso, - sono numerose le pronunzie che evidenziano l'indebito sfruttamento del migrante irregolare sul nostro territorio. Vedi fra le tantissime pronunzie a riguardo, Cass. Sez. I pen. 2 maggio 2012 n.16120, nella parte in cui evidenzia che l'italiano che « avvia una pratica di assunzione di lavoratore straniero, dichiarando falsamente di voler costituire un rapporto di lavoro dipendente », ha "realmente come unico fine quello di trarre profitto illecito dal conseguimento del permesso di soggiorno da

Se infatti il “mercato dei servizi legato al traffico di migranti clandestini, ha ormai assunto una posizione centrale tra gli interessi della criminalità organizzata transnazionale”<sup>51</sup>, è parimenti indubbio che il migrante è prima di tutto il soggetto passivo, piuttosto che l’autore o il concorrente dei relativi reati.

La sovrapposizione e la confusione fra i piani della tutela e della criminalizzazione del migrante, conducono all’ambiguità di una disciplina che - se in astratto, intende *rafforzare il coordinamento investigativo in materia di reati connessi all’immigrazione clandestina, implementare gli strumenti di contrasto a tale fenomeno e potenziare l’efficacia delle disposizioni in tema di rimpatri*<sup>52</sup> - in concreto, mira a non fare entrare l’immigrato marittimo sulle coste territoriali italiane.

Per perseguire questo scopo, non si esita ad adottare modelli normativi del tutto antinomici al teleologismo liberale, di una pena orientata a garantire i diritti di libertà ed uguaglianza<sup>53</sup>.

Il decreto *de quo* normativizza infatti i metodi e le procedure (di dubbia legittimità costituzionale e espressamente elusive di obblighi di soccorso internazionali) introdotte dalle cd. direttive dei “porti chiusi” emanate quest’anno dal Ministro dell’Interno p.t. che, al fine di garantire una gestione ordinata e “legalizzata” dei flussi migratori marittimi, bloccava

---

parte dello straniero stesso”. Cfr. pure Cass. pen. gennaio 2016 (ud. settembre 2015) in tema di art.22 T.U.Imm. (assunzione dei lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno) che afferma che “ del reato contemplato dall’art. 22, c. 12, del T.U. Immigrazione risponde non soltanto chi assume il lavoratore straniero che si trovi nelle condizioni indicate dalla fattispecie incriminatrice, bensì anche chi, pur non avendo provveduto direttamente ad essa (assunzione), se ne avvalga tenendo alle sue dipendenze, e, pertanto, occupando più o meno stabilmente, l’assunto”. D’altra parte, alcune norme - come ad esempio, la *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, introdotta con il comma 5-bis dell’art. 12 ad opera del pacchetto sicurezza del 2008 - nascono proprio dalla consapevolezza del generalizzato sfruttamento del migrante, cui vengono offerti alloggi in cambio di prestazioni economiche e/o lavorative esorbitanti. Il legislatore, evidentemente, nel dare vita alla novella legislativa ha tenuto peraltro presente, il diffuso fenomeno del mercato nero di alloggi a danno degli stranieri clandestini. Sul punto vedi PISA, ARRIGONI, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, in *Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione 2009*, 26. Per un inquadramento generale delle problematiche del traffico clandestino di migranti vedi per tutti NASCIMBENE- DI PASCALE, *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit., 25 ss., 101 ss.

<sup>51</sup> Nella misura in cui rappresenta, “dopo il traffico di stupefacenti, la principale fonte di guadagno ed uno dei più importanti veicoli di rafforzamento delle relazioni tra organizzazioni criminali e diverse etnie”. Così PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit., 54.

<sup>52</sup>Vedi il testo del D.L.14 giugno 2019, n. 53 (“Disposizioni urgenti in materia di contrasto all’immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica”)

<sup>53</sup> Sull’art. 10-bis vedi per tutti PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, cit., 804.

l'ingresso nei porti italiani di navi non autorizzate, utilizzando all'uopo le autorità incaricate della sorveglianza delle frontiere marittime.

Le Direttive 18 marzo 2019 e ss. negavano più precisamente, l'ingresso nei porti a chiunque avesse svolto "un'attività di soccorso...con modalità improprie", tale cioè da determinare "la violazione della normativa internazionale sul diritto del mare": si evidenziava al riguardo che l'ingresso di persone in violazione delle leggi di immigrazione, pregiudicava il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero, e perciò andava impedito in via preventiva<sup>54</sup>.

A questa prima direttiva di portata "generale" avevano già fatto seguito ulteriori direttive aventi ad oggetto l'operato di singole ONG, stante la loro "possibile strumentalizzazione degli obblighi internazionali in materia di *search and rescue*": da ciò la necessità di contrastare la "cooperazione 'mediata' che, di fatto, incentiva gli attraversamenti via mare di cittadini stranieri non in regola con il permesso di soggiorno e ne favorisce obiettivamente l'ingresso irregolare sul territorio nazionale".<sup>55</sup>

*3.1. Gli artt.1 e 2 del D.L. 53/2019 fra ambiguità normative e incongruenze sistematiche: la previsione di misure sanzionatorie in ragione dell'ottemperanza ad obblighi internazionali ed a principi costituzionali a presidio dei diritti umani.* Nella medesima direzione delle menzionate direttive, si muove l'art.1 del D.L. 53/2019<sup>56</sup> che integra l' art 11 del Testo Unico sull'immigrazione, demandando al Ministro dell'Interno - quale "Autorità

<sup>54</sup> La c.d. politica dei "porti chiusi" ha suscitato la reazione e le critiche da parte dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, evidenziandosi la sua incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni UNCLOS, SOLAS e SAR sul diritto internazionale del mare, nonché con il principio del *non-refoulement*. Sul punto vedi ZIRULLA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir.pen. cont.*, 18 giugno 2019, p. 1 ss.

<sup>55</sup> Cfr. ZIRULLA,, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, cit., p. 1 ss.

<sup>56</sup> L'articolo 1 del D.L.53/2019, integra l'articolo 11 del decreto legislativo n. 286/1998 (testo unico immigrazione) prevedendo che "dopo il comma 1-bis e' inserito il seguente: «1-ter. Il Ministro dell'interno, Autorita' nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, puo' limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento e' adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri».

nazionale di pubblica sicurezza”- il potere di “limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, in presenza di due condizioni, fra loro alternative: (generici) “motivi di ordine e sicurezza pubblica” ovvero “le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare”<sup>57</sup>.

L'art. 2 del decreto sicurezza-bis è parimenti intervenuto sull'art.12 del T.U.I., introducendo il comma 6-*bis*, che prevede specifiche sanzioni per i trasgressori dei divieti di ingresso, transito e sosta di cui all'art.1, allargando le maglie, - già amplissime, - del c.d. favoreggiamento dell'immigrazione irregolare<sup>58</sup>.

Tale impianto normativo genera, a tacer d'altro, perplessità sul piano della coerenza sistematica.

L'articolo 1 del D.L. non pare infatti facilmente armonizzabile con le misure sanzionatorie espresse dall' art.2, dal momento che - nel disporre la limi-

---

<sup>57</sup>Norma che a sua volta individua, quale ipotesi di passaggio non inoffensivo (o “*pregiudizievole*”) di nave straniera nelle acque territoriali, il caso in cui tale nave effettui “*il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero*”

<sup>58</sup>L'art. 2 del D.L.14 giugno 2019, n. 53 (cd. decreto sicurezza-bis) interviene da ultimo, sull'art. 12 del T.U. imm., modificando la fattispecie incriminatrice del c.d. favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Viene al riguardo inserito il nuovo comma 6-bis, di seguito riportato: “6-bis. Salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale e i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell'articolo 1, comma 1-ter. In caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, notificato al comandante e, ove possibile, all'armatore e al proprietario della nave, si applica a ciascuno di essi, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 50.000. In caso di reiterazione commessa con l'utilizzo della medesima nave, si applica altresì la sanzione accessoria della confisca della nave, procedendo immediatamente a sequestro cautelare. All'irrogazione delle sanzioni, accertate dagli organi addetti al controllo, provvede il prefetto territorialmente competente. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, ad eccezione dei commi quarto, quinto e sesto dell'articolo 8-bis.” Nei confronti del comandante, dell'armatore e del proprietario della nave è prevista, anzitutto, una sanzione amministrativa pecuniaria da 10 mila a 50 mila euro ciascuno. In assenza di diversa previsione, l'importo deve essere commisurato in base ai criteri generali (art. 11 l. 689/1988) che prescrivono avere riguardo “*alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*”. Trova inoltre applicazione, in assenza di disposizioni di segno contrario, la disciplina del pagamento in misura ridotta di cui all'art. 16 l. 689/1981. È inoltre prevista la sanzione accessoria della confisca della nave, sebbene solo in caso di “*reiterazione con l'utilizzo della medesima nave*”, con immediato sequestro amministrativo. Si applicano, in assenza di ulteriori specificazioni, le regole generali sul sequestro cautelare e la confisca amministrativa di cui agli artt. 13, 19 e 20 della legge n. 689/1981.” Sul punto vedi ZIRULLA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, cit., 1 ss.

tazione o il divieto di ingresso - fa riferimento al “rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia”; così come l’art. 2 segnala che “il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale”<sup>59</sup>.

Senonché la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso articolo 1 del decreto, prescrive che “ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l’equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo”.

Ciò ovviamente è difficilmente conciliabile con il divieto di ingresso e le relative sanzioni.

Il combinato disposto dell’art. 1 e 2 del Decreto sicurezza bis, sembra in tal senso mettere in discussione il rispetto, da parte del nostro paese, degli obblighi internazionali e comunitari, nonché degli stessi principi costituzionali, posti a tutela dei diritti umani fondamentali.

Viene qui in rilievo in primo luogo, il carattere vincolante della normativa internazionale in materia di soccorso in mare, cui lo Stato italiano deve uniformarsi “in base al combinato disposto di cui agli artt.10, 11 e 117 Cost.”<sup>60</sup>.

Normativa che nel caso *de quo*, si raccorda alla richiamata Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 10 dicembre 1982, ed in particolare al suo articolo 98, che impone agli Stati di predisporre un servizio adeguato di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima: i comandanti della navi sono in tal senso obbligati, a prestare soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizione di pericolo.

In secondo luogo, occorre precisare che il soccorso, in situazioni di pericolo per la vita e l’incolumità personale, rappresenta il “precipitato normativo del *necessitas non habet legem*”, che assume “la stessa caratteristica cogente della disciplina interna in materia di scriminanti”<sup>61</sup>.

*4. Il disconoscimento normativo del diritto del migrante al place of safety. L’omissione di soccorso in mare fra adempimento normativo ed inadempimento di un dovere: la legalizzazione dell’illegalismo e della diseguaglianza dei diritti.* Azzerando la linea di confine che separa la commissione di un

---

<sup>59</sup> L’esistenza di una cornice giuridica di rango primario non cambia, evidentemente, il sistema delle fonti sovranazionali (ratificate dall’Italia) all’interno del quale tali provvedimenti si inseriscono. Anzi, paradossalmente, la presenza di un espresso riferimento al necessario “rispetto degli obblighi internazionali” renderà più agevole il sindacato per violazione di legge, con eventuale annullamento o disapplicazione in sede giurisdizionale. Sul punto vedi ZIRULIA, *op.cit.*, p. 1 ss.

<sup>60</sup> Così MOCCIA, *Necessitas non habet legem*, cit., 6.

<sup>61</sup> Così MOCCIA, *op.ult.cit.*, 6.

reato dall' *adempimento di un dovere*, il D.L. 53/2019 delinea dunque i tratti di una responsabilità penale riferita ad un'area di non punibilità, riconosciuta in sede internazionale, comunitaria e costituzionale e tradizionalmente (e doverosamente) scriminata dal *necessitas non habet legem*<sup>62</sup>.

L'art. 2 del decreto dunque, pur facendo esplicito riferimento alle norme internazionali che obbligano al soccorso in mare, non solo ne impedisce l'applicazione, ma ne impone (sotto minaccia di pena) la trasgressione, andando a sanzionare le condotte adempienti al relativo obbligo che nel nostro ordinamento rilevano *ex art. 51 c.p.*<sup>63</sup>, ma anche *ex art. 54 c.p.*<sup>64</sup>.

L'adempimento del dovere deriva dalle norme di diritto internazionale, che obbligano il comandante della nave a salvare le persone in pericolo ed a condurle, senza esporli ad ulteriori rischi, presso un posto sicuro (*place of safety*), ossia un luogo dove il rispetto dei diritti fondamentali è garantito<sup>65</sup>.

Il migrante in pericolo ha diritto al *place of safety* secondo la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimi: dal 1° luglio 2006 sono inoltre entrati in vigore per l'Italia gli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR, adottati dall'Organizzazione marittima mondiale (*International Maritime Organization - IMO*).

Secondo queste Convenzioni, gli Stati competenti per zone SAR (*search and rescue*) hanno l'obbligo di cooperare nelle operazioni di soccorso e di prendersi in carico i naufraghi: in tal senso, devono individuare e fornire la disponibilità di un luogo di sicurezza, inteso come luogo in cui le operazioni di soccorso si intendono concluse e la sicurezza dei sopravvissuti garantita.

Gli Stati interessati hanno dunque l'obbligo di intervenire ove abbiano notizia della presenza nella zona marittima di loro competenza di esseri umani in pericolo di vita, di recuperarli e di fornire loro un luogo sicuro di sbarco<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> *Ibidem*, 6.

<sup>63</sup> Vedi Trib. Agrigento, 15.2.2010, Schmidt, in *Corr. Merito*, 2010, p. 534.

<sup>64</sup> Lo stato di necessità è stato ritenuto sussistente in materia dalla Suprema Corte, che ha escluso la responsabilità dei soccorritori e ritenuta di contro, quella degli scafisti che - avendo usato dolosamente una imbarcazione inadatta a compiere la traversata, - avevano determinato surrettiziamente il soccorso: è stato qui contestato agli scafisti l'ingresso irregolare secondo lo schema dell'autoria mediata. Vedi *Cass. pen.*, I, 28.2.2014, n. 14510. Più recentemente, è stata riconosciuta la legittima difesa in capo ad alcuni migranti che avevano reagito alla decisione del comandante, di ricondurli in Libia, esponendoli così al pericolo attuale di offese ingiuste per la vita e l'integrità fisica. Vedi al riguardo *Gip Trapani*, 3.6.2019, in *www.asgi.it*.

<sup>65</sup> *In primis* l'art. 98 della Convenzione di Montego Bay ma anche l'art. 10 della Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il salvataggio marittimo.

<sup>66</sup> Si ricorda inoltre che nell'ambito dell'Unione europea alla missione Triton è subentrata l'operazione *Themis*, che opera nel Mediterraneo centrale assistendo l'Italia circa i flussi provenienti da Algeria,

E' superfluo evidenziare che allorché si agisce in presenza di una specifica causa di giustificazione, è la stessa "tipicità" della violazione amministrativa a venire meno: in tal caso dovrebbe dunque considerarsi illegittimo, per la violazione di obblighi internazionali riconosciuti a livello costituzionale, il provvedimento ministeriale di limitazione o divieto di ingresso, di transito o la sosta di navi nel mare territoriale.

I (superiori) pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, previsti dall'art.1 del decreto, precluderebbero tuttavia il ricorso al soccorso ed al luogo sicuro di sbarco, quali deroghe di carattere eccezionale al rispetto dei trattati e delle convenzioni internazionali.

Anche a voler adottare questa interpretazione, resta la genericità dei motivi di ordine pubblici richiamati dall'art.1 del Decreto che - ostativa ad una chiara e precisa interpretazione della norma - ne impedisce una applicazione ispirata alla coerenza sistematica.

4.1. *I rilievi della Presidenza della Repubblica al D.L. 53/2019.* Queste ed altre incongruenze del decreto hanno spinto il Presidente della Repubblica a manifestare, all'atto di sottoscrizione della legge, alcune riserve, con una lettera indirizzata ai Presidenti delle Camere, ed al Presidente del Consiglio<sup>67</sup>: lettera irrituale che segue quella, già intervenuta in sede di conversione del D.L. sulla legittima difesa<sup>68</sup>.

---

Tunisia, Libia, Egitto, Turchia e Albania. L'operazione continua ad occuparsi, come le precedenti missioni, della ricerca e del soccorso dei migranti in mare, ma si concentra anche sul contrasto ad attività criminali e a minacce terroristiche. Per approfondimenti sul punto si rimanda al *Dossier 20 giugno 2019. Disposizioni Urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica- D.L. 53/2019 - A.C. 2913, 4.*

<sup>67</sup> In data 8 agosto 2019, il Presidente della Repubblica Mattarella, promulgando la legge di conversione del decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 (approvato in via definitiva dal Senato il 5 agosto 2019), ha contestualmente inviato una lettera ai Presidenti del Senato, della Camera, e al Presidente del Consiglio. Qui di seguito, l'*incipit* della lettera: "Signor Presidente, ho promulgato in data odierna la legge di conversione del decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 recante Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, approvata in via definitiva lo scorso 5 agosto e che interviene, a breve distanza di tempo, su ambiti normativi già oggetto di modifiche da parte del Decreto legge n. 113 dell'ottobre 2018. I contenuti del provvedimento appena promulgato sono stati, in sede di conversione, ampiamente modificati dal Parlamento e non sempre in modo del tutto omogeneo rispetto a quelli originari del decreto legge presentato dal Governo. Al di là delle valutazioni nel merito delle norme, che non competono al Presidente della Repubblica, non posso fare a meno di segnalare .. profili che suscitano rilevanti perplessità". Cfr. *Lettera della Presidenza della Repubblica 8.8.2019* in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

<sup>68</sup> E' significativo che questa lettera, segua quella del 26 aprile 2019 (contestuale alla promulgazione della legge di riforma della legittima difesa), in materia di tutela della sicurezza privata (cd. domiciliare): in entrambi i casi il Presidente, - con un intervento irrituale - fornisce un indirizzo interpretativo correttivo, che tenta di salvaguardare i principi costituzionali vigenti, in controtendenza rispetto al tenore letterale

In sintesi, il Presidente ha rimarcato che l'art. 2 del decreto Salvini bis, - oltre a non chiarire i motivi che legittimano la deroga al doveroso "rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia", richiamati dall'art. 1 del medesimo decreto, - determina una situazione di incertezza normativa, difficilmente dirimibile: il comandante della nave è infatti contestualmente "tenuto ad osservare la normativa internazionale" in materia, ma anche le prescrizioni di segno opposto contenute nel provvedimento *de quo*.

Questa ambiguità normativa viene peraltro risolta, attraverso la "discrezionalità di un atto amministrativo" che evidentemente non può garantire la "necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti", richiesta dalla "Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 112 del 2019"<sup>69</sup>.

Al riguardo, il Presidente della Repubblica sottolinea che, "la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile" per la violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali è stata aumentata - "per motivi di ordine e sicurezza pubblica o per violazione alle norme sull'immigrazione" - "di 15 volte nel minimo e di 20 volte nel massimo, determinato in un milione di euro, mentre la sanzione amministrativa della confisca obbligatoria della nave non risulta più subordinata alla reiterazione della condotta"<sup>70</sup>.

---

della norme.

<sup>69</sup> Qui di seguito, il passaggio della lettera che si riferisce al punto in oggetto: "Osservo che, con riferimento alla violazione delle norme sulla immigrazione non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate. Non appare ragionevole - ai fini della sicurezza dei nostri cittadini e della certezza del diritto - fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità. Devo inoltre sottolineare che la Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 112 del 2019, ha ribadito la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti.

Va anche ricordato che, come correttamente indicato all'articolo 1 del decreto convertito, la limitazione o il divieto di ingresso può essere disposto "nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia", così come ai sensi dell'art. 2 "il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale".

Nell'ambito di questa la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso articolo 1 del decreto, prescrive che "ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo". Cfr. *Lettera della Presidenza della Repubblica 8.8.2019* in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

<sup>70</sup> Il punto *de quo* viene così riportato, nella lettera del Presidente della Repubblica : "Per effetto di un emendamento, nel caso di violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali - per motivi di ordine e sicurezza pubblica o per violazione alle norme sull'immigrazione - la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile è stata aumentata di 15 volte nel minimo e di 20 volte nel massimo, determinato in un milione di euro, mentre la sanzione amministrativa della confisca obbligatoria della nave non risulta più subordinata alla reiterazione della condotta. Osservo che, con riferimento alla violazione delle norme sulla immigrazione non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate". Cfr. *Lettera della Presidenza della Repubblica 8.8.2019* in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

Si evidenzia al riguardo, che “con riferimento alla violazione delle norme sulla immigrazione non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate”.

Tanto premesso il Presidente taccia come “irragionevole” la rinuncia a queste indicazioni, ritenendo non giustificate “sanzioni di tale gravità”, sottratte peraltro al sindacato giurisdizionale e irrogate in via amministrativa.

Fra le righe di queste osservazioni, è peraltro nascosta una fondamentale indicazione di metodo, laddove il Presidente evidenzia la necessità di contemperare la tutela “della sicurezza dei nostri cittadini” con “la certezza del diritto”<sup>71</sup>.

*5. Penale dell’immigrazione e violazione dei diritti dell’uomo: il migrante come non-persona. Involuzione sostanzialistica e soggettivistica del sistema penale e superamento del teleologismo liberale, di una pena funzionale a garantire (la libertà e la uguaglianza de)i diritti della persona.* Nonostante l’isolazionismo politico raggiunto ed i risultati poco incoraggianti ottenuti, la regolamentazione (ed il contenimento) dei flussi migratori attraverso modelli sanzionatori, si è consolidata e progressivamente radicalizzata, prendendo il sopravvento sulla gestione socio-politica del fenomeno: i D.L. 14/2017, 113/2018 e 53/2019, rappresentano gli atti finali di (queste) politiche-criminali del respingimento e della neutralizzazione del migrante<sup>72</sup>.

In questo quadro il D.L. 53/2019 si segnala poiché prevede nuovi strumenti di lotta contro l’immigrazione clandestina, che si inseriscono in un modello coercitivo *sui generis* sia sul piano dei contenuti, che delle forme.

Sul piano dei contenuti, il Decreto *de quo* impone l’omissione di soccorso (in mare) del migrante, trasformando il disvalore di un comportamento variamente sanzionato dal diritto penale e stigmatizzato in sede comunitaria ed internazionale, in obbligo normativo.

Si disconosce al soccorso di necessità in tal senso, quel rilievo umanitario che, - recepito in normative nazionali e sovranazionali - lo pone quale obbligo imprescindibile del diritto della navigazione nazionale ed internazionale; così come - parallelamente - si ignora il disvalore di atti violativi di fondamentali

---

<sup>71</sup> Ecco il passaggio: “Non appare ragionevole - ai fini della sicurezza dei nostri cittadini e della certezza del diritto - fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità”. Cir. *Lettera della Presidenza della Repubblica 8.8.2019* in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

<sup>72</sup> Sia consentito rinviare al nostro, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in *questa rivista*, 3/4, 2018, 1 ss.

diritti umani, che il Decreto Legge in questione trasforma in valori positivi, tanto da prescriverli<sup>73</sup>.

Ulteriori perplessità sollevano le forme e le procedure di attuazione dei richiamati artt. 1 e 2 del D.L. per la assoluta discrezionalità di scelte politiche assunte in via unilaterale dal Ministro dell'Interno, quale "Autorità nazionale di pubblica sicurezza"<sup>74</sup>.

Decisioni che incidono su la vita e la sicurezza di un notevole numero di persone, vengono sottratte al sindacato giurisdizionale, nonché al dibattito parlamentare, risultando altresì limitato il ruolo attribuito in tali decisioni dallo stesso esecutivo, dal momento che il Presidente del Consiglio dei ministri viene soltanto "informato" del provvedimento adottato dal Ministro dell'interno.

L'unica concessione che viene fatta alla collegialità dell'atto è il "concerto con il Ministro della Difesa e con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, secondo le rispettive competenze".

Davvero poco, se si considera, oltre all'incidenza sui diritti fondamentali, l'impatto politico di decisioni che decretano l'isolazionismo politico dell'Italia, contrapponendosi ad obblighi internazionali recepiti a livello costituzionale.

La violazione di fondamentali diritti umani viene dunque promossa a comportamento conforme alla norma, su decisione pressocchè unilaterale del Ministro dell'Interno, che stabilisce anche i casi in cui diventano illegittime condotte, allineate alle Convenzioni ed accordi internazionali e comunitari in materia di migrazione<sup>75</sup>, nonché alle disposizioni internazionali cogenti sulla

---

<sup>73</sup> Si tratta peraltro di un mutamento di prospettiva deontologica, valoriale e normativa che coinvolge solo il migrante (marittimo), dal momento che restano ferme le previsioni che condannano l'omissione di soccorso, imponendo il soccorso di necessità nei confronti del cittadino.

<sup>74</sup> Il termine Autorità nel post-moderno viene utilizzato con crescente frequenza: l'Autorità nazionale di pubblica sicurezza, riprende il termine (di Autorità nazionale) già utilizzato dall'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione). Abbiamo poi le Autorità amministrative cui spetterebbero compiti di regolamentazione e tutela del mercato: Autorità per le Telecomunicazioni, Autorità per l'Energia, Autorità per il credito e via discorrendo. Non va sottovalutata la portata illiberale di simili dizioni, che delineano assetti normativi e gestionali derogatori della democraticità dei processi giuridici.

<sup>75</sup> La migrazione marittima, è regolamentata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 10 dicembre 1982 che dispone fra l'altro, che il comandante di ogni nave che batte la bandiera di Stati aderenti alla medesima Convenzione, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita e proceda quanto più velocemente possibile al soccorso delle persone in pericolo qualora sia a conoscenza del loro bisogno di assistenza, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa (art. 98). Ciò significa, nella misura in cui sia possibile adempiere all'obbligo di soccorso, senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio e i passeggeri, Nel precipuo settore degli obblighi di soccorso di migranti in mare, va richiamata pure la Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (cosiddetta Convenzione SAR), adottata ad An-

tutela ed il rispetto dei diritti umani, ai principi/obblighi costituzionali (vincolanti ex art. 10 Cost.)<sup>76</sup>.

Per quanto, gli artt. 1 e 2 del decreto rappresentino norme para-penali - stante i contenuti e le sanzioni di natura amministrativa - esse si inquadrano nel più composito modello sanzionatorio del penale dell'immigrazione, segnalandone l'affrancamento da un teleologismo ispirato alla tutela dei diritti. Sebbene queste trasformazioni siano confinate in un sottosistema penale, non può ignorarsi l'effetto di destabilizzazione che esse comportano in relazione all'intero universo sanzionatorio.

Si tratta infatti di una trasformazione dei valori e degli scopi perseguiti dallo *ius puniendi*, dal momento che le prescrizioni adottate dal Decreto *de quo* comportano la esplicita violazione dell'art.1 e 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo<sup>77</sup> e dell'art.6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre del 2000 ( cd. Carta di Nizza-Strasburgo)<sup>78</sup> che raccorda la tutela della sicurezza, alla libertà ed all' uguaglianza dei diritti<sup>79</sup>.

---

burgo il 27 aprile 1979 (la cui autorizzazione alla ratifica della Convenzione è intervenuta con la legge 3 aprile 1989, n. 147) che obbliga gli Stati contraenti a dividere, sulla base di accordi regionali, il mare in zone di propria competenza S.A.R. (soccorso e salvataggio). A sua volta la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 (cosiddetta Convenzione SOLAS), adottata a Londra il 12 novembre (La cui adesione da parte italiana è stata autorizzata dalla legge 23 maggio 1980, n. 313) obbliga il comandante di una nave - che sia in posizione tale da poter prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare - a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza, se è possibile informando gli interessati o il servizio di ricerca e soccorso del fatto che la nave sta effettuando tale operazione. Cfr. *Dossier 20 giugno 2019. Disposizioni Urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica- D.L. 53/2019 - A.C. 2913*, cit., 6 ss.

<sup>76</sup>In merito agli obblighi internazionali dell'Italia, rilevano gli impegni assunti dal nostro paese in virtù dell'adesione a trattati internazionali, inclusa l'appartenenza all'Unione europea e, più in generale, la conformità alla normativa internazionale ed ai relativi principi generali (art. 10 Cost.).

<sup>77</sup> Art. 1 e 3 che stabiliscono rispettivamente, com'è noto, che "tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti" ed "ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona". Sul rapporto fra l'art.3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'attuale conformazione del penale dell'immigrazione vedi per tutti RISCATO, *op.ult.cit.*, 8 ss.

<sup>78</sup> Sul contrasto fra le dichiarazioni di principio e programmatiche (di cui all' art. 29 TUE ed all'art.6 della Carta di Nizza) della Comunità Europea e la deriva securitaria del penale d'ispirazione comunitario vedi per tutti CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., p.43 e 44.

<sup>79</sup> Sul rapporto fra (diritto alla) sicurezza e (diritto alla) libertà vedi per tutti DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss; ID., *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico. Documento introduttivo del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale"*, Modena, 2009, 2 ss.. (anche in DONINI, CAPRIOLI, CAPUTO, FOFFANI, HASSEMER, INSOLERA, NAUCKE, ORLANDI, PICOTTI, PIGHI, PRITTWITZ, PALIERO, PAVARINI, PIERGALLINI, PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini-Pavarini, Bologna, 2011, 11 e ss.); HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 59 ss.; ID., *Sicherheit durch Strafrecht?*, in *HRRS*, 2006, 130

Viene opportunamente evidenziato al riguardo che “l’ accostamento della sicurezza, alla libertà ed alla dignità” della persona, intende preservare un ordinamento giuridico nazionale ed internazionale antropocentrico, finalizzato alla tutela dei diritti fondamentali dell’uomo<sup>80</sup>.

“Non vi può essere sicurezza senza legalità, così come non vi può essere legalità senza rispetto della dignità, ai suoi vari livelli: quello della vittima, ma anche quella dell’autore del reato; quella dei valori della sicura convivenza sociale, ma anche quella degli stessi diritti da tutelare”<sup>81</sup>.

Non può dunque sottacersi la matrice antiumanistica di un sottosistema penale che nega al migrante i diritti fondamentali, a partire dal diritto alla stessa vita: impostazione che si basa evidentemente su una interpretazione restrittiva del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, che prescinde dal concetto personalistico e umanitario del diritto dell’uomo, per privilegiare il dato formale di un diritto di cittadinanza, dato dallo *ius soli* e dallo *ius sanguinis*<sup>82</sup>.

Laddove non sussistano questi elementi formali, il soggetto fuoriesce dall’area di tutela e si trasforma in una “non persona”.

La negazione del diritto al *place of safety* porta a ben guardare, alle estreme conseguenze un modello penale-amministrativo che vede nella pena<sup>83</sup>, non il precipitato (e la conseguenza) dell’accertamento di un fatto pregiudizievole o socialmente dannoso, ma la stampella coercitiva cui si agganciano ideologie politiche, pregiudizi razziali, dogmi etico-religiosi ed intolleranze socia-

---

ss.; PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale fra sicurezza e libertà*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 106 ss.; PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 547 ss. DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, cit., 11 e ss.

<sup>80</sup>RISICATO, *op. cit.*, 9.

<sup>81</sup> Così FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in AA.VV., *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza* (Atti del Convegno Roma del 6 dicembre 2007), a cura di MOCCIA, Napoli 2009, p.76. Nella stessa prospettiva, si pone RISICATO, *op. cit.*, 9.

<sup>82</sup> *Ius soli* e *ius sanguinis* ovvero la “nascita in un certo territorio” e la “nascita da genitori cittadini” sono i criteri giuridici tradizionali che già dal diritto romano definiscono la cittadinanza. Il rapporto fra l’ “innocua origine giuridica” del diritto alla cittadinanza, la sua ideologizzazione nei “movimenti in senso proprio biopolitici” del XIX secolo e la sua aberrazione nel “sintagma Blut und Boden”, essenza dell’ideologia nazionalsocialista vengono compiutamente affrontati in AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, cit., p.141 ss.

<sup>83</sup> Il trattamento apertamente discriminatorio riservato allo straniero è stato stigmatizzato dalla dottrina più autorevole, che ha evidenziato come il clandestino assurga al tipo criminologico di “persona illegale”, dunque nemico. Così FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n.94/2009)*, in *Quest.Giust.*, 2009, p.13. Sul punto - ed in particolare sulla clandestinità come aggravante - AMBROSETTI, *L'eterno ritorno del tipo d'autore nella recente legislazione e giurisdizione penale*, cit., 81 ss.; PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, cit., 4, 15 ss.; RISICATO, *op. ult. cit.*, 25 ss.

li<sup>84</sup>.

6. *Il penale dell'immigrazione come modello sanzionatorio della reità ontologica: la colpa da appartenenza etnica e provenienza geografica.* Emblematica rappresentazione del processo involutivo dello *ius puniendi* contemporaneo, il penale dell'immigrazione decreta una “mutazione sostanzialistica e soggettivistica del modello di legalità penale”<sup>85</sup>, prospettando un paradigma punitivo alternativo, se non contrapposto, “a quello universalistico che sta alla base di una civiltà giuridica basata sulla ragione e sui diritti dell'uomo”<sup>86</sup>.

Marchio di fabbrica di questo impianto normativo è la divaricazione fra “tipo d'autore” e “tipo di fatto”<sup>87</sup>, che consente di perseguire una reità ontologica, desunta dai parametri emotivo-irrazionali della paura verso il diverso e convogliata negli anfratti presuntivi e personologici, del penale d'autore<sup>88</sup>.

Ciò segnala la deriva sostanzialistica di un modello punitivo, scisso da un “accertamento della responsabilità individuale per la commissione di un fatto” di reato<sup>89</sup>, e tarato su una *colpa dell'appartenenza etnica e della provenienza geografica*.<sup>90</sup>

Espressione di una “linea autarchico-nazionalista” di politiche dell'immigrazione<sup>91</sup>, le politiche criminali di contrasto al fenomeno migratorio nascono quale eccezione, alla sua regolamentazione democratica e liberale: una eccezione che si è poi trasformata in regola, complici i circuiti del populismo penale che ha fatto della lotta all'emergenza migratoria, uno dei suoi cavalli di battaglia<sup>92</sup>.

<sup>84</sup> Cfr. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, cit., 5, 11; MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448 ss, 457 ss.

<sup>85</sup> Così FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giuristica*, 2006, 415, 93.

<sup>86</sup> Così RISICATO, *op.cit.*, 7 nota 20.

<sup>87</sup> Così MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina*, cit., 446

<sup>88</sup> La paura, quando orienta la politica criminale, si traduce automaticamente in “una perdita della ragione” punitiva. Si segnala in tal senso, la “regressione ideale e culturale delle società occidentali, alimentata dalla paura per il diverso e insieme interpretata ed assecondata, come facile base del consenso, dai governi, dalla maggioranza delle forze politiche e dai media”. Così FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un'abdicazione della ragione*, cit., 172 ss

<sup>89</sup> Così RISICATO, *op.ul. cit.*, 5.

<sup>90</sup> Parla del penale dell'immigrazione come un modello penale d'autore in forza di una discriminazione geopolitica DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., 106 ss.

<sup>91</sup> Si esprime in questi termini PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, cit., 804.

<sup>92</sup> Sul punto vedi da ultimo RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 25 ss., 73 ss.

Di fronte all'idea populista, che il migrante sia un invasore che mette in pericolo l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, l'idea liberal-garantista della pena cede ad un sistema sanzionatorio di tipo sommario, che sembra riprendere, le logiche del respingimento del nemico, proprie del penale di guerra. Da ciò l'aggravamento dei meccanismi di accertamento e valutazione propri del diritto penale del fatto<sup>93</sup>: il “nemico è (infatti) punito per quello che è, non per quello che fa”<sup>94</sup>.

Occorre peraltro considerare che il penale del nemico, nel nostro sistema penale, segue percorsi e declinazioni peculiari: accanto al migrante, che assume i tratti caratteristici del nemico esterno, va infatti considerato il trattamento discriminatorio riservato al nemico interno, che evidenzia nessi non trascurabili con la deriva giustizialista innescata da *Mani Pulite* e l'affermazione della magistratura penale come *potere*, piuttosto che *ordine giudiziario*<sup>95</sup>.

In un contesto politico e giudiziario viziato dalle posizioni ideologiche e dalle contrapposizioni fra poteri dello Stato, va ribadito che un sistema penale laico, democratico e liberal-garantista può anticipare la soglia di punibilità soltanto per contrastare pericoli (concreti ed effettivi) che minacciano i consociati: non è di contro legittima, la rimozione del dato fattuale dell'offesa e la sua sostituzione con un impianto etico-sostanzialista, che accolga e promuova istanze discriminatorie e pregiudizi razziali.

Il rilievo criminologico attribuito ad etnia e razza, colora infatti la fattispecie penale di motivi etici e la pena di contenuti discriminatori, incompatibili con un penale del fatto orientato alla tutela dei diritti<sup>96</sup>.

Non a caso, la “repressione penale dell'immigrazione clandestina” è divenuta “la cifra ideologica del diritto penale della disuguaglianza”<sup>97</sup> e lo specchio di una *potestas puniendi* fuori controllo, che rinuncia alla neutralità dommatica del *Tatbestand*, ed ai motivi fondativi di un penale secolarizzato<sup>98</sup>, im-

<sup>93</sup> In argomento vedi per tutti DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 871 e ss.; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit., 473; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., 687.

<sup>94</sup> Così FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un'abdicazione della ragione*, cit., 167.

<sup>95</sup> Sulla trasformazione della magistratura da “ordine giudiziario” a “potere giudiziario” vedi la articolata analisi di MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 33 ss.

<sup>96</sup> In tal senso vedi per tutti MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 448, 457.

<sup>97</sup> Vedi al riguardo PULIFANO, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 557; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 6 ss., 25 ss.

<sup>98</sup> Sulla secolarizzazione penale e la sua crisi contemporanea vedi fra tutti CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Tori-

prontato alla materialità del fatto.

La deriva etico-sostanzialista del penale contemporaneo nel nostro Paese, non riguarda evidentemente solo il sottosistema punitivo dell'immigrazione, né soltanto il nemico esterno dello Stato.

Il tema del nemico interno infatti, a partire da Tangentopoli, acquista centralità, assumendo i caratteri del nemico ideologico e/o politico del potere giudiziario: ciò lo differenzia dal migrante che appare al contrario, un *hostis* soltanto del potere politico-legislativo, in quanto oggetto di normative derogatorie dei diritti, che la magistratura tende anzi, per lo più, ad interpretare (e correggere) in senso garantista.

Si pone in tal senso, il dualismo di un potere giudiziario che si contrappone al potere politico, polarizzando la sua azione (erosiva delle garanzie) sul nemico interno, senza mostrare alcuna ostilità ideologica nei confronti del migrante, quale nemico esterno.

Si può anzi in questa prospettiva, considerare che il migrante è visto dalla magistratura penale, come un nemico del nemico: in altri termini, il terrorista e/o l'immigrato - quali nemici del potere politico-legislativo (e dunque nemici dei nemici del potere giudiziario) - transitano automaticamente nel regime agevolato del penale dell'amico (del giudice); ciò anche considerando il ruolo di soggetti deboli, da preservare nella prospettiva redistributiva della giustizia sociale<sup>99</sup>.

Il penale dell'immigrazione risponde in tal senso, non soltanto al paradigma del penale del nemico, ma più specificamente alla distinzione binaria fra *Feindstrafrecht* e *Bürgerstrafrecht* di Günther Jakobs, che distingue e separa il penale riservato al nemico, dal tradizionale penale del cittadino, strutturando un sistema "a due velocità" retto da direttive politico criminali e teleologi-

---

no 2012, 8 ss.; COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari-Stortoni, Bologna 2009, 101 ss., 115 ss.; DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 1017 ss.; FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Nuvolone*, I, Milano 1991, 165 ss.; MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Dell'Andro*, I, Bari 1994, 519 ss.; RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 2 ss. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 477 ss.; PULITANO, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 55 ss.

<sup>99</sup> L'onda lunga della giustizia sociale riporta in tal senso, ad un "diritto mite" indirizzato verso una "sostanziale omogeneità sociale interpretata, più che dal legislatore, dal giudice". Così COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, cit., 2 ss.

smi asimmetrici <sup>100</sup>.

6.1. *Penale di lotta e penale della diseguaglianza fra Bürgerstrafrecht e Feindstrafrecht. Il superamento delle garanzie fra meccanismi endoprocessuali ed etero processuali: la distinzione fra nemico del giudice e nemico del legislatore.* È “la distinzione tra titolarità ed effettivo godimento rispetto alle garanzie giurisdizionali, che differenzia la condizione dello straniero da quella di cittadino”, ovvero il trattamento del nemico esterno, da quello del nemico interno: a quest’ultimo, le garanzie sono negate *de facto*, all’altro *de jure*, a causa di “una disciplina legislativa omissiva o carente” <sup>101</sup>, che nega l’accertamento del reato attraverso un giudizio, basato su un fatto e retto dall’onere accusatorio della prova <sup>102</sup>.

Se la trasformazione dell’indagato/imputato in nemico avviene – allorchè si tratta di un nemico interno, ovvero di un cittadino - attraverso meccanismi presuntivi, che hanno come effetto il crollo di tutte le garanzie procedurali/processuali, le dinamiche sanzionatorie finalizzate al respingimento del nemico-migrante sono differenti: la espulsione dal territorio nazionale – e la stessa detenzione, finalizzata all’espulsione - viene infatti considerata una procedura *lato sensu* punitiva; un modello sanzionatorio parapenale che non richiede la determinabilità normativa dell’offesa, né la sua valutabilità in sede di giudizio.

Il trattamento penale del nemico interno – inteso come nemico del potere giudiziario - presenta dunque un affievolimento delle garanzie che si realizza comunque, all’interno del *Bürgerstrafrecht* : sussiste in tal senso, il rispetto apparente dei principi e dei paradigmi garantisti, che tuttavia subiscono una sotterranea distorsione attraverso meccanismi endo-processuali, che non si palesano in una deroga di sistema normativizzata, se non in casi eccezionali <sup>103</sup>.

<sup>100</sup>Si tratta del risultato di politiche criminali “eticizzanti ed altamente populiste”. Sul punto vedi PELISSERO, *immigrazione e diritto penale*, cit., 28ss.,41; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p.32 ss.

<sup>101</sup> Così PUGIOTTO, *"Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 5

<sup>102</sup> Posta la distinzione fra garanzie penali di carattere generale (cd. garanzie sostanziali) e quelle eminentemente processuali, all’immigrato quale nemico esterno, vengono negate le seconde, ovvero l’accertamento del reato sulla base di un giudizio (*nulla culpa sine iudicio*), basato sull’onere accusatorio della prova (*nulla accusatione sine probatione*) in contraddittorio con la difesa (*nulla probatio sine defensione*). L’unitarietà delle due categorie risiede nel fatto che tale sistema «vale ad assicurare uno schema epistemologico di identificazione della devianza penale basato, sul carattere quanto più possibile cognitivo del giudizio penale, da esso vincolato all’applicazione sostanziale della legge». Così FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2015, 20, 25

<sup>103</sup> Come quello della criminalità mafiosa che pone deroghe generalizzate, sia normative, che interpreta-

La tecnica inquisitoria riservata al nemico interno viene per lo più, perseguita attraverso la costruzione di capi d'imputazione, procedimenti e processi penali *ad hoc*, finalizzati alla criminalizzazione, in assenza del fatto e/o di appigli indiziari e probatori sufficienti a valutare il fatto.

Lo schema del penale del nemico, qui si realizza "in direzione del soggetto e in direzione dell'oggetto del giudizio.

In primo luogo esso imprime una connotazione partigiana sia all'accusa che al giudizio, trasformando il processo in momento di "lotta" (...) In secondo luogo lo schema si manifesta nell'alterazione dell'oggetto processuale, che direttamente consegue a quella delle fattispecie penali. Se il presupposto della pena è rappresentato, più che da fatti delittuosi determinati, dalla sostanziale personalità... del loro autore, il processo decade inevitabilmente da procedura di verifica empirica delle ipotesi d'accusa in tecnica d'inquisizione sulla persona"<sup>104</sup>.

L'azione penale assume in tal senso, una valenza ideologica, trasformando le indagini preliminari - da filtro selettivo, riferito alla fondatezza dell'ipotesi accusatoria - in una fase di anticipazione della pena, che agisce sul piano massmediatico e dell'opinione pubblica.

Il dibattito d'altra parte, - da fase garantista, improntata alla dialettica ed al confronto fra Accusa e Difesa - si trasforma in momento di *lotta*: di fronte ad un indagato/imputato-nemico, il giudice perde dunque la sua terzietà, per trasformarsi a sua volta, in "nemico del reo"<sup>105</sup>.

Se questi meccanismi di differenziazione punitiva, rientrano nello schema del nemico del giudice, poiché in essi assume centralità l'azione della magistratura penale, nel caso dello straniero irregolare, ovvero del nemico esterno, as-

---

tive, che detentive.

<sup>104</sup> Le garanzie penali si sostanziano in due macrocategorie, quelle sostanziali e quelle processuali. Vengono qui in considerazione le seconde, costituite dall'accertamento del reato sulla base di un giudizio (*nulla culpa sine iudicio*), promosso da un'accusa separata dal giudice (*nullum iudicium sine accusatione*) e basato sull'onere accusatorio della prova (*nulla accusatio sine probatione*) in contraddittorio con la difesa (*nulla probatio sine defensione*). L'unitarietà delle due categorie risiede nel fatto che tale sistema "vale ad assicurare uno schema epistemologico di identificazione della devianza penale basato, sul carattere quanto più possibile cognitivo del giudizio penale, da esso vincolato all'applicazione sostanziale della legge" in mancanza di tali garanzie sarà allora lecito dubitare della tenuta democratica di talune forme di incriminazione indipendentemente dalla nazionalità del soggetto che le subisce. Così FERRAJOLI, *Iura paria*, cit. p. 20, p. 25

<sup>105</sup> Allorché il delinquente e l'imputato, declinati su un tipo d'autore determinato, si trasformano in nemici, il diritto penale diventa uno strumento etico-potestativo funzionale all'affermazione della nuda *potestas puniendi* che "lotta" per affermare se stessa ed il suo apparato politico di riferimento. "Deformazione, che investe la natura del giudizio penale. Sul punto vedi FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, cit. 15, 93.

sume rilievo assorbente il versante legislativo, ovvero l'azione della politica. Qui il paradigma garantista non viene eroso e/o affievolito in sede giudiziaria, ma previamente azzerato sul piano legislativo: la differenziazione punitiva non è cioè occultata, ma rileva sul piano formale e procedimentale, acquistando caratteri apertamente discriminatori già in sede normativa. La "criminalizzazione dello *status*" di immigrato è in tal senso – come già precisato – il risultato della "de-giurisdizionalizzazione del processo di applicazione della risposta sanzionatoria"<sup>106</sup>, che sottrae la responsabilità ad ogni verificabilità, contenimento e controllabilità tecnico-donnatica<sup>107</sup>. Le garanzie processuali assicurano infatti, attraverso "le condizioni di accettazione o rifiuto delle medesime ipotesi come *vere* o *false*, la loro verità o falsità fattuale, cioè la loro verifica o falsificazione in concreto pur con gli inevitabili margini di probabilità legati alla valutazione delle prove"<sup>108</sup>. Di fronte ad una responsabilità penale in *re ipsa*<sup>109</sup>, affidata a meccanismi presuntivi che esulano dall'accertamento processuale, è preclusa di contro la stessa verificabilità del fatto: la presunzione costituzionale di non colpevolezza viene così ribaltata in presunzione assoluta di pericolosità, svuotando le garanzie sottese al principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, I c., Cost. Al migrante non sono dunque riconosciute le garanzie previste per l'indagato, né quelle proprie dell'imputato: egli non viene giudicato ex art.3 Cost., secondo i parametri dell'uguaglianza di fronte alla legge, poiché si tratta di un avversario da combattere e/o di un invasore da respingere prima e fuori dal processo penale.

---

<sup>106</sup> RISICATO, *op.ult.cit.*, 5.

<sup>107</sup> Concetto onnivoro che si presta ovviamente ad interpretazioni ampliative, se non creative, della giurisprudenza. Sul punto vedi per tutti CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza, cit.*, 23 ss.

<sup>108</sup> Così FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, I, Napoli, 2014, 2, 25.

<sup>109</sup> Scissa cioè dal dato fattuale. Sul punto vedi per tutti MANNA, *op.ult.cit.*, 448, 457.

